

Roj: STS 6849/2011  
 Id Cendoj: 28079110012011100684  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 1429/2008  
 Nº de Resolución: 725/2011  
 Procedimiento: CIVIL  
 Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER  
 Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Octubre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de mayor cuantía nº 87/01 , seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de **Atlantic Village Ltd. y de Atlantic Financial y Comercial Center Ltd** , representadas ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña María Otilia Esteban Gutiérrez, y la mercantil **Inversión Hogar, S.A**, representada por el Procurador de los Tribunales don Arturo Molina Santiago; siendo parte recurrida **Banco Santander Central Hispano, S.A** , representado por el Procurador de los Tribunales don Emilio García Guillén.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio de mayor cuantía, promovidos a instancia de Inversión Hogar S.A. (IHSA) contra **Banco** de Santander Central Hispano S.A.; admitidos como intervinientes a Atlantic Financial & Commercial Center Ltd y Atlantic Village Ltd.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara "... *Sentencia en la que se hagan los pronunciamientos, declarativos, constitutivos y/o de condena siguientes:* 1) *La resolución del contrato-convenio de 11/XII/92, suscrito entre la actora y la sociedad demandada, Banco de Santander, (hoy Banco de Santander Central Hispano S.A.), con los efectos legales procedentes del art. 1124 y concordantes del C.C . y para los casos en que proceda la devolución, sustitución o compensación de bienes conforme a la Ley, deberá efectuarse con arreglo al valor actualizado, de mercado, de los bienes que no puedan o deban ser objeto de devolución, con la determinación o fijación de los respectivos valores, o sus bases, en Sentencia o en ejecución de la misma, si en aquella no fuera posible, conforme a lo expuesto en la presente demanda.- Todo ello, en su caso, salvando y respetando los derechos de los terceros adquirentes de buena fe de las fincas que se hubieren transmitido por el Banco de Santander, en su día cedidas por la demandante, en virtud del Convenio-Contrato cuya resolución se insta.- 2 ) La obligación de la entidad demandada de indemnizar a la demandante, IHSA, por los daños y perjuicios, causados como consecuencia del incumplimiento del contrato-convenio de 11-XII-92, y resolución del mismo, por los conceptos que procedan y legalmente le sean atribuibles en cada caso, según lo expuesto y enunciado en el Hecho Séptimo de este escrito de demanda, y cuya cuantía y/o bases, para su determinación, deberán, y así se solicita, establecerse en Sentencia o en ejecución de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el art. 921 de la L.E.C ., y demás disposiciones concordantes.- 3 ) La obligación de pago a IHSA, por la parte demandada, de conformidad con el art. 1124 del C.C . y concordantes, de los intereses cuyo devengo proceda y sean de aplicación a las cantidades y/o conceptos que en Sentencia se reconozcan y se establezca, en la cuantía o porcentaje legalmente regulado, determinándose el momento inicial del computo del devengo, desde el momento que legalmente corresponda en cada caso, y el término del mismo, que deberá ser la fecha del efectivo, total e íntegro pago de las cantidades debidas.- 4) Se condene a la Entidad demandada al pago de todas las costas en virtud del principio de vencimiento y teniendo en cuenta, en todo caso, la manifiesta, patente y evidente temeridad y mala fe de que el Banco ha hecho gala en todo momento y la innegable, ilícita y abusiva conducta de dicha entidad, a quien por su anticontractual hacer le es atribuible exclusivamente la responsabilidad de la incoación de este procedimiento."*

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de **Banco** de Santander Central Hispanoamericano contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, *"... se dicte sentencia que desestime íntegramente la demanda de Inversión Hogar, S.A., por no proceder la resolución del Convenio firmado por Inversión Hogar y Banco Santander, con fecha de 11 de diciembre de 1992, al haber incumplido Inversión Hogar y la sociedad Atlantic Village Ltd, las obligaciones contraídas en dichos Convenio, a cuyo cumplimiento estaban subordinadas las obligaciones asumidas por mi representada, condenando a la sociedad demandante al pago de las costas causadas en este juicio."*

3.- Dado traslado de la contestación a la parte actora a efectos de formular escrito de réplica, transcurrió el plazo concedido sin que presentara escrito. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que, propuesta por las partes, fué declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 19 de mayo de 2006, cuya parte dispositiva es como sigue: *"FALLO: Que estimando la demanda presentada por el procurador don Arturo Molina Santiago en nombre y representación de Inversión Hogar S.A. contra Banco Santander Hispanoamericano, representado por el procurador don Emilio García Guillén debo declarar y declaro resuelto el contrato-convenio suscrito por las partes el día 11 de diciembre de 1992 debiendo la parte demandada devolver a la parte actora la suma de Un Millón Ochocientos Tres Mil Treinta y Seis Euros (1.803.036,31#) con los intereses legales devengados desde el 26 de febrero de 1997 así como deberá la parte demandada restituir la finca Los Palillos sita en Alcalá de Guadaíra (Sevilla) otorgando a favor de la demandante la escritura correspondiente siendo por cuenta de la demandada los gastos e impuestos de cualquier tipo que se originen. Igualmente, la parte demandada deberá abonar la cantidad de Setenta y Dos Millones Novecientos Dieciocho Mil Setenta y Seis Euros con Ventiun Céntimos (72.918.076,21#) en concepto de valor de restitución de los inmuebles e indemnización de daños y perjuicios debiéndose actualizar los valores a la fecha de esta resolución y conforme al I.P.C. Todas las cantidades generarán los intereses del art. 921 L.E.C. Se condena a la parte demandada al pago de las costas causadas."*

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación el **Banco** Santander Central Hispano, y sustanciada la alzada, la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 30 de julio de 2007, cuyo Fallo es como sigue: *"Que estimando el recurso interpuesto por el Banco Santander Central Hispano contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid el diecinueve de mayo de dos mil seis, debemos revocar y revocamos, dictando otra en su lugar por la que se desestima la demanda interpuesta por Inversiones Hogar S.A. y a la que se sumaron por intervención adhesiva, las entidades Atlantic Village Ltd. y Atlantic Financial & Comercial Center Ltd., absolviendo a la demandada Banco Santander Central Hispano, con imposición de costas a las demandantes en primera instancia, sin especial pronunciamiento sobre las causadas en esta alzada."*

En fecha 7 de marzo de 2008, se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: *"La Sala acuerda: 1º) No haber lugar a la aclaración, rectificación, subsanación, y complementación de la sentencia dictada por esta Sala con fecha 30 de Julio de 2007, interesada por las representaciones procesales de Inversión de Hogar S.A., Atlantic Village Ltd. y Atlantic Financial y Comercial Center Ltd, salvo la concerniente al pronunciamiento del fallo relativo a la condena en costas en primera instancia, que se impone a las demandantes con carácter solidario.- 2º) Incoar expediente sancionador al amparo de los artículos 552 y ss. de la LOPJ, a los Letrados D. José María López Coira y D. Eduardo Martín Duarte Rosa, y a los Procuradores D. Arturo Molina Santiago, Dª María Otilia Esteban Gutiérrez, que suscriben los escritos reseñados en los FF.JJ. de esta resolución, y en relación con las expresiones transcritas en letra cursiva.- 3º) Se confiere a dichos profesionales trámite de audiencia, debiendo comparecer personalmente ante esta Sala el próximo día 7 de mayo a las 11 horas.- 4ª) Contra esta resolución no cabe recurso ordinario ni extraordinario alguno, al amparo del artículo 215.4 de la LEC, pudiendo las partes preparar los recursos extraordinarios de Casación e Infracción Procesal, frente a la Sentencia dictada por esta Sala, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución."*

**TERCERO.-** El Procurador don Arturo Molina Santiago, en nombre y representación de **Inversión Hogar S.A.**, formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

El recurso por infracción procesal se desarrolla en los siguientes motivos:

1) Por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, citando como particularmente infringidos los artículos 218 y 465 de la misma Ley, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, por falta de congruencia y motivación; 2) Por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, citando como particularmente infringidos los artículos 218 y 465 de la misma Ley, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la

*Constitución Española, esta vez por la absurda calificación del contrato de 11 diciembre 1992 en cuanto a la simultaneidad de las obligaciones que establece para cada una de las partes; 3) Por incongruencia, al haber resuelto la sentencia recurrida más allá de la jurisdicción de la Sala, sin tener en cuenta la reducción del objeto de la apelación; y 4) Por igual razón, denunciando la infracción de los artículos 218 y 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución Española.*

Por su parte, el recurso de casación contiene los siguientes motivos:

1) Infracción del artículo 1124, párrafo 1º, del Código Civil ; 2) Infracción de los artículos 1100, párrafo último, y 1124 del Código Civil ; 3) Infracción de los artículos 1100, 1101 y 1107 del Código Civil ; 4) Infracción del artículo 1108 del Código Civil ; 5) Infracción de los artículos 609 y 1462, párrafo 2º, del Código Civil , en relación con los artículos 1101, in fine, 1116, 1122 y 1272 del mismo Código ; 6) Infracción del principio general de derecho de la "par conditio creditorum" de los artículos 6.3, 9 y concordantes de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 ; 7) Infracción de lo dispuesto en los artículos 1281, párrafo 1º, 1282 y 1284 del Código Civil ; 8) infracción de lo dispuesto por el artículo 1859 del Código Civil , en relación con los artículos 6.4 y 1255 del mismo código ; 9) Vulneración del principio general de derecho que prohíbe ir contra los propios actos; y 10) Infracción de los artículos 6.4 ; y 7, apartados 1 y 2, en relación con el 1258, todos del Código Civil.

**CUARTO.-** La Procuradora doña María Otilia Esteban Gutiérrez, en nombre y representación de Atlantic Village Ltd. y de Atlantic Financial y Commercial Center Ltd., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

El recurso por infracción procesal lo fundó en los siguientes motivos:

1) Infracción de las normas reguladoras de la sentencia con cita de los artículos 5, 19, 20, 21, 22, 209, 214, 215, 216, 217, 218, 222, 450, 456 y 465 de la LEC, los artículos 248 y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6 y 7 del Código Civil, y 1, 8, 24, 117, 118 y 120 de la Constitución Española; 2) Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia y cita como tales, nuevamente, los artículos 5, 19, 20, 21, 22, 207, 209, 216, 218, 222, 456 y 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como los artículos 1, 9, 24, 117, 118 y 120 de la Constitución Española; 3) Infracción del principio de prohibición de la "mutatio libelli", con cita como preceptos vulnerados de los artículos 209, 216, 218, 412, especialmente, y 1, 5, 19, 20, 21, 22, 214, 215, 222, 247, 412, 456, 459 y 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 6 y 7 del Código Civil, 5, 11, 44, 238, 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1, 9, 24, 117, 118 y 120 de la Constitución Española; 4) Infracción del principio que prohíbe la "reformatio in peius" y cita como infringidos los artículos 214, 215, 456, 457, 461 y 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , los artículos 6 y 7 del Código Civil y los artículos 9, 24, 117, 118 y 120 de la Constitución Española; 5) Infracción de las normas sobre la intangibilidad de la sentencia y, en concreto, de los artículos 19, 20, 21, 22, 222, 214, 215, 216, 267, 247, 465, 469.1.2º , todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como los artículos 6 y 7 del Código Civil , y los artículos 1, 9 24, 117, 118 y 120 de la Constitución Española; 6) Infracción de las normas sobre carga de la prueba y particularmente de los artículos 19, 20, 21, 22, 209.2, 216, 217, 218, 222, 317, 318, 319, 324, 326, 385, 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; 1218 y 1225 del Código Civil, así como los artículos 9, 24 y 120 de la Constitución Española; y 7) Vulneración de los derechos fundamentales del artículo 24 de la Constitución Española.

Por su parte, el recurso de casación presenta los siguientes motivos:

Infracción de los artículos 6, 7.1, 1255, 1258, 1107 del Código Civil, el 57 del Código de Comercio, el 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los artículos 5 y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el principio referido a la vinculación de los actos propios; 2) Infracción de los artículos 1281, 1282, 1283, 1284, 1285, 1286, 1289, 1292 y 1901 del Código Civil ; 3) Infracción del artículo 1124 del Código Civil ; 4) Infracción de los artículos 1101, 1102, 1103, 1107, 1269, 1122-4º, 1135 y 1147, este último por analogía, del Código Civil ; 5) Infracción de los artículos 1113, 1114, 1116, 1122 (a sensu contrario), 1124, 1125 y 1283, todos del Código Civil ; 6) Infracción de los artículos 1100, 1101, 1107 y 1108 del Código Civil ; 7) Infracción del principio de "par conditio creditorum" (fraude, buena fe, abuso.- arts. 6 y 7, 1291 y 1292, 1255 y 1258, 1858, 1859, 1920 y 1925 Código Civil, y 14 de la Constitución Española y concordantes, 6 y 9 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 ; 8) Infracción de los artículos 1256, 1257, 1258 y 1119, 6 y 7 del Código Civil, 57 del Código de Comercio, 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y 9) Vulneración de los artículos referidos al fraude de ley, prohibición y pacto comisorio, artículos 6, 7, 1258, 1858 y 1859 del Código Civil ; 57 del Código de Comercio, 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 6 y 9 de la Ley de Suspensión de Pagos.

**QUINTO.** - Por esta Sala se dictó auto de fecha 1 de diciembre de 2009 por el que se acordó la admisión de los referidos recursos, así como dar traslado de los mismos a la parte recurrida, **Banco** Santander Central Hispano, que se opuso a los mismos bajo representación del Procurador don Emilio García Guillén.

**SEXTO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 15 de Septiembre de 2011.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, hoy recurrida, en su fundamento de derecho segundo, cita como antecedente del presente litigio los siguientes hechos que considera acreditados:

1º) La existencia de un contrato-convenio suscrito el día 11 de diciembre de 1992 entre Inversión Hogar S.A. y **Banco** Santander Hispanoamericano, que firmaron los Interventores Judiciales de la suspensión de pagos de la primera, para cancelación de deuda y financiación -concesión de un préstamo hipotecario de 614 millones de pts.- con el fin de procurar la viabilidad de la entidad demandante que se encontraba inmersa en dicho procedimiento y era deudora del **Banco**, en unión de las empresas filiales de su grupo Atlantic Village y Atlantic F & C.C. Ltd., de la suma de 1.019 millones de pesetas, comprometiéndose asimismo el **Banco** a la cancelación de las garantías reales existentes sobre las concesiones administrativas del gobierno de Gibraltar, para la realización de obras, de las que eran titulares dichas filiales de la actora, en tanto que ésta se había comprometido al pago de determinada cantidad -300 millones de pts.- y la transmisión de cuatro fincas sitas en Mijas, Manilva, Mairena y el Portil, sustituida esta última luego por Los Palillos, y sobre las que a la actora se reconoció un derecho de opción de recompra. Igualmente por la filial Atlantic Village Ltd. se abonaría a la demandada la suma de 189 millones de pts., y a tal efecto, otorgó con fecha 11 de Diciembre de 1992, un documento de reconocimiento de deuda y compromiso de pago, que haría efectivo de forma simultánea con la formalización del convenio y a la firma del crédito hipotecario referido.

2º) Consta en autos, reconocido por las partes, el pago de los 300 millones de pts. por la actora y la transmisión libre de cargas de las cuatro fincas referidas, mediante el otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas de fechas 9 de Junio de 1994 y 12 de Enero de 1995, la última, no habiéndose podido registrar una de ellas a causa de la falta de superficie bastante de acuerdo con el Plan General de Ordenación Urbana. No consta el pago de los 189 millones de pts., adeudados por la entidad Atlantic Village Ltd. a la entidad bancaria demandada. El impago por las anteriores filiales de Inversión Hogar S.A. del canon correspondiente por las concesiones administrativas al Gobierno de Gibraltar, determinó la cancelación de dichas concesiones en Julio de 1997.

3º) Por su parte, la demandada **Banco** Santander de acuerdo con el convenio cedió a la actora letras de cambio descontadas en su día, por importe de 147.550.789 pts., faltando ocho efectos, por importe de 40 millones de pts., librados contra Los Naranjos Marbella S.A., ejecutados por el **Banco** como tenedor de los mismos, al habérselos entregado a su vez la demandante, sin que conste que hayan sido cobrados. No consta la cancelación por la demandada de las garantías reales de las concesiones administrativas citadas, ni la concesión del crédito hipotecario de 614 millones para la financiación de las obras a realizar.

4º) El Juzgado de 1ª Instancia nº 20 de Madrid aprobó con fecha 26 de Julio de 1994 el Convenio de Acreedores, dejando sin efecto la suspensión de pagos promovida en su día por Inversión Hogar S.A. Constan en el informe realizado por los Interventores Judiciales de fecha 26 de Julio de 1992 activos de la sociedad suspensa por valor de 8.619.421.925 pts., de los que 8.074.000.000 pts. correspondían a la partida "promociones en curso".

Con fecha 5 de enero de 2001, Inversión Hogar S.A. presentó demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra **Banco** de Santander Hispanoamericano ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado nº 19 (autos nº 87/2001), en la que suplicaba que se dictara sentencia por la cual: a) Se declare la resolución del contrato de 11 de diciembre de 1992 por incumplimiento de la demandada **Banco** de Santander Hispanoamericano, con las consecuencias procedentes; b) Se declare la obligación de dicha demandada de indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados como consecuencia de dicho incumplimiento y resolución, según lo razonado en el hecho séptimo de la demanda; c) Igualmente, se declare la obligación de la parte demandada de pagar los intereses correspondientes a dichas cantidades desde la fecha que proceda; y d) Se le condene del mismo modo al pago de las costas.

La demandada se opuso a la demanda y, seguido el proceso por sus trámites, con fecha 11 de Junio de 2004, una vez concluido el periodo de prueba, se dictaron por el Juzgado de Primera Instancia autos de fecha 11 de Junio de 2004 y 11 de Julio de 2005, admitiendo la intervención adhesiva como demandantes de las entidades Atlantic Village Ltd. y Atlantic F & C.C. Ltd., respectivamente, que actuaban como filiales de la actora.

El Juzgado dictó sentencia de fecha 19 de mayo de 2006 por la que estimó en parte la demanda y, en consecuencia: a) Declaró resuelto el contrato-convenio de 11 de diciembre de 1992; b) Condenó a la demandada a devolver a la actora la suma de 1.803.036,31 euros con los intereses legales devengados desde el 26 de febrero de 1997; c) Condenó a la demandada a restituir la finca Los Palillos sita en Alcalá de Guadaíra (Sevilla) otorgando a favor de la demandante la correspondiente escritura, siendo de cargo de la demandada los gastos e impuestos de cualquier tipo que se originen; d) Condenó a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 72.918.076,21 euros en concepto de valor de restitución de los inmuebles e indemnización de daños y perjuicios, debiéndose actualizar los valores a la fecha de la sentencia y conforme al IPC; y e) Declaró que todas las cantidades referidas generarán los intereses del *artículo 921 de la LEC 1881* y condenó a la demandada al pago de las costas.

Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11) dictó sentencia de fecha 30 de julio de 2007 por la que estimó el recurso interpuesto por **Banco** de Santander Hispanoamericano y desestimó el deducido por la parte actora, revocando la sentencia de primera instancia y desestimando la demanda con imposición a la parte demandante de las costas de primera instancia, sin especial pronunciamiento respecto de las causadas en la alzada.

Contra dicha sentencia han recurrido por infracción procesal y en casación Inversiones Hogar S.A, por un lado, y las entidades Atlantic Village Ltd. y Atlantic F & C.C. Ltd., por otro.

**SEGUNDO.-** La sentencia impugnada se refiere en su fundamento de derecho tercero al recurso planteado en nombre de **Banco** Santander Hispanoamericano y, tras hacer una amplia cita de la doctrina y jurisprudencia sobre el *artículo 1.124 del Código Civil* respecto de la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas por incumplimiento de una de las partes, que era lo solicitado en la demanda por la actora Inversiones Hogar S.A., concluye que esta última no podía interesar la resolución del contrato apoyándose en dicha norma al no haber dado por su parte adecuado cumplimiento a las obligaciones que había asumido, y en concreto por lo siguiente:

A ) Consta la inicial negativa a la inscripción registral de la escritura otorgada respecto de una de las fincas que Inversiones Hogar S.A. transmitía a **Banco** Santander Hispanoamericano, a causa de la inobservancia de un requisito administrativo externo relacionado con la falta de superficie bastante de acuerdo con el Plan General de Ordenación Urbana; circunstancia que racionalmente era conocida por la otorgante y que se constituyó objetivamente en *incumplimiento grave*, frustrando la finalidad esencial de dicha transmisión, *sin perjuicio de la posterior venta a terceros e inscripción llevada a cabo en el año 2006, condicionada ya por esa circunstancia, según se ha acreditado ante esta Sala antes de dictar sentencia, con debida contradicción de las partes.*

B) La falta de pago de los 189 millones de pts., por la sociedad filial de la actora, Atlantic Village Ltd., ya que, aunque en principio pudiera decirse que se trata de un incumplimiento de tercero y que no puede atribuirse directamente a una parte del contrato, en este caso la demandante Inversión Hogar S.A., sino a su filial constituida objetivamente como persona jurídica distinta y diferenciada de la contratante, sin embargo dichas sociedades filiales tenían un claro carácter instrumental de la actora quien las participaba en más de un 60%, confirmándose además por el hecho de que la persona que suscribió con la entidad bancaria demandada el documento de reconocimiento de deuda en nombre de Atlantic Village Ltd. y compromiso de pago simultáneamente con el contrato-convenio aquí cuestionado, fue el Sr. Prado Galloso, que actuaba también en representación de Inversión Hogar S.A. El impago de esa cifra frustraba la finalidad perseguida con el convenio de cobro por el **Banco** de la totalidad de la deuda de 1.019 millones de pesetas, siendo una obligación de carácter esencial dentro de la valoración general y finalidad del contrato.

C) Existe también un hecho fundamental que confirma la falta de voluntad de cumplimiento por parte de la actora, que consiste en el impago por sus filiales del canon correspondiente a las concesiones administrativas otorgadas por el gobierno de Gibraltar, y la falta de interés en la promoción inmobiliaria a que se referían, dejándose cancelar tales concesiones por falta de pago del canon, cuya cantidad no era significativa en una empresa salida ya de la suspensión de pagos y con activos oficiales de más de 8.000 millones de pesetas en promociones inmobiliarias en curso, siendo así que el crédito hipotecario de 614 millones a cuya concesión se obligaba el **Banco** estaba destinado a tal promoción gibraltareña, según la estipulación cuarta del contrato.

Sentado lo anterior, procede examinar los diferentes recursos interpuestos por las partes.

**Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto en nombre de Inversión Hogar S.A.**

**TERCERO.-** Los dos primeros motivos del recurso se fundamentan en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia de acuerdo con el *número 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ,

citando como particularmente infringidos los *artículos 218 y 465 de la misma Ley* , en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el *artículo 24 de la Constitución Española, refiriéndose el primero a la falta de congruencia y de motivación "con prohibición de la incongruencia omisiva causante de indefensión, equivaliendo a dicha incongruencia omisiva la total falta de consideración de cuestiones que fueron no sólo planteadas por las partes, sino reflejadas en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia"; y aludiendo el segundo al "razonamiento ilógico y arbitrario de la sentencia recurrida en cuanto a la calificación del contrato de 11-12-1992 y en cuanto a la simultaneidad de las obligaciones cumplidas e incumplidas como equivalente a la falta de motivación de la sentencia de 30-7-2007 (la dictada por la Audiencia), contraria a los dos artículos citados, en relación con los 24.1 y 120.3 de la Constitución Española".*

Ambos motivos han de ser rechazados. En primer lugar, las normas procesales reguladoras de la sentencia, a que se refiere la vía elegida para ambos motivos (*artículo 469.1.2º* ), son las que se recogen en la Sección 2ª del Capítulo VIII del Título V del *Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 216 a 222)* , por lo que queda fuera de ellas el *artículo 465 de la misma Ley* referido al recurso de apelación, respecto del cual no se precisa realmente el concepto en que se considera infringido y posiblemente se trae a colación por la razón de que en ambos motivos se incurre en el defecto de comparar reiteradamente las sentencias dictadas en ambas instancias -como si la Audiencia estuviera obligada a justificar las razones por las que se aparta de lo resuelto en primera instancia y a rebatir uno por uno los argumentos de la sentencia del Juzgado- exigencia que no se corresponde con la naturaleza del recurso de apelación, que supone un nuevo enjuiciamiento del asunto de modo que, como señala, entre otras, la sentencia de esta Sala núm. 1163/2001, de 7 diciembre , el órgano judicial de segundo grado adquiere plena competencia para enjuiciar el pleito, sin otros límites que el impuesto por el principio prohibitivo de la *«reformatio in peius»* y los pronunciamientos que las partes hubieran consentido ( Sentencias de 19-11-1991 , 13-5-1992 , 4-6-1993 , 25-3-1994 , 14-3-1995 y 11-3-2000 ). Por otro lado, como afirma la sentencia núm. 37/2008 de 22 enero , es doctrina reiterada de esta Sala, como señala también la sentencia de 22 de marzo de 2006 , que *« no constituye objeto del recurso de casación hacer un examen comparativo de las sentencias de primera y segunda instancia, que es lo integrado en el contenido del motivo, pues esta Sala tiene declarado que no cabe combatir las conclusiones de la Sentencia de apelación con los razonamientos de la del Juzgado, que no es materia del recurso. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 3 de julio de igual año: "la resolución recurrida en casación es la de apelación sin que quepa fundamentar su impugnación a través de un juicio comparativo con la de primera instancia, por lo que las únicas apreciaciones de interés, cuando son disconformes, son las de la sentencia de la Audiencia»*.

Por otra parte, la finalidad de la exigencia de motivación de las sentencias (*artículos 120.3 de la Constitución Española y artículo 218.2 de la LEC* ) es poner de manifiesto a las partes las razones por las que se adopta determinada decisión, de donde se deriva que el cumplimiento de dicha exigencia es independiente del acierto o desacierto de los razonamientos empleados por la resolución ( sentencias de esta Sala núm. 837/2009, de 22 de diciembre , y 191/2010, de 7 de abril ), de modo que el eventual desacierto de la sentencia impugnada habrá de combatirse por vía distinta, salvo los supuestos excepcionales en que el carácter arbitrario e ilógico de los argumentos empleados suponga en realidad una falta de motivación; supuesto que no es el del caso, ya que la sentencia recurrida expresa claramente cuál es la razón por la que desestima la demanda: la consideración de que la parte actora que insta la resolución no había cumplido por su parte las obligaciones que había asumido.

Tampoco se puede sostener que la sentencia recurrida es incongruente, ya que, como esta Sala ha reiterado en sentencia núm. 349/2011, de 17 mayo , con cita de la núm. 72/2010, de 4 de marzo , y de la del Tribunal Constitucional núm. 73/2009, de 23 de marzo , *«la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión»* , pues basta que el Tribunal, teniendo en cuenta las pretensiones formuladas -que son las del "suplico" de la demanda- dé respuesta a todas ellas reflejando previamente los aspectos fácticos y jurídicos que el propio Tribunal considera determinantes para la solución adoptada, sin que sea necesario referirse a todos y cada uno de los expresados por las partes en cuanto puedan ser considerados como irrelevantes para la resolución del proceso.

Del mismo modo se ha de poner de manifiesto que las cuestiones de calificación del contrato y de la apreciación de la simultaneidad establecida para las obligaciones de cada una de las partes es cuestión que pertenece al fondo del asunto y, en consecuencia, excede del ámbito propio del recurso por infracción procesal.

**CUARTO.-** El motivo tercero, amparado en el *número 1º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, y el cuarto, que se acoge al *número 2º* de dicha norma, coinciden en calificar como infracción procesal el hecho de que la sentencia impugnada haya resuelto "más allá de la jurisdicción de la Sala", o de modo incongruente falto de motivación (*artículos 218 y 465* ) por no tomar en consideración la reducción del objeto

de la alzada y, por tanto, la delimitación del ámbito resolutorio del recurso que dimanaba del escrito de 5 de junio de 2006 presentado por la representación de **Banco** de Santander .

En el mencionado escrito, **Banco** de Santander solicitó ante el Juzgado de Primera Instancia, según lo previsto en el *artículo 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , complemento de la sentencia de 19 de mayo de 2006 en el sentido de que, al declarar dicha sentencia la resolución del contrato-convenio otorgado entre Inversión Hogar S.A. y **Banco** de Santander el día 11 de diciembre de 1992, declarara igualmente que como consecuencia de ello tanto la demandante como las sociedades de su grupo continuaban siendo deudoras frente al **Banco** de la cantidad de 1.019 millones de pesetas más los intereses procedentes, haciendo constar -aunque no habría sido necesario- "sin perjuicio del recurso de apelación preparado por dicha parte" que solicitaba dicho complemento.

Se sostiene por la recurrente en el presente motivo que "la solicitud de complemento de la sentencia, por vía de la específica adición interesada sobre su fallo, implicaba necesariamente la aceptación del fallo en su anterior parte complementada". Dicha conclusión no puede ser compartida, no sólo porque carece de cualquier fundamento lógico en nuestro sistema procesal sino - como argumento definitivo- porque la propia *Ley prevé lo contrario, ya que el artículo 215.5* , en su redacción entonces vigente que, en este aspecto, no ha sufrido variación, disponía que «no cabrá recurso alguno contra los autos en que se completen o se deniegue completar las resoluciones a que se refieren los anteriores apartados de este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia o auto a que se refiriera la solicitud o la actuación de oficio del tribunal "....».

En consecuencia, ambos motivos han de ser desestimados.

#### **Recurso de casación interpuesto en nombre de Inversión Hogar S.A.**

**QUINTO.-** El primero de los motivos se fundamenta en la infracción del *artículo 1124, párrafo 1º, del Código Civil* , en relación con la exigencia de que el contratante que solicita la resolución por incumplimiento de la parte contraria haya cumplido por su parte las obligaciones que le incumbían, poniendo de manifiesto la distinta valoración que de esta circunstancia hacen las sentencias de primera instancia y de apelación.

El motivo se desestima ya que esta Sala tiene declarado, como resume la sentencia núm. 868/2008, de 8 octubre , que no puede pedir la resolución del contrato por incumplimiento de la otra parte aquélla que a su vez no lo hubiera cumplido ( SSTS 7-10-05 , 9-12-04 , 22-4-04 y 29-7-99 entre otras muchas) ni tampoco puede exigir su cumplimiento o una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la otra parte quien a su vez también lo hubiera incumplido ( SSTS 14-6-04 , 21-3-01 , 29-7-99 y 24-10-95 ); doctrina de aplicación al presente caso en que la Audiencia puso de manifiesto el incumplimiento de la demandante y de sus sociedades filiales en cuanto a determinadas obligaciones fundamentales derivadas del convenio de 11 de diciembre de 1992, como eran -prescindiendo de la relativa al problema de inscripción registral de una de las fincas objeto de transmisión- el impago de la cantidad de 189 millones de pesetas y la pérdida de las concesiones para construir en Gibraltar -por impago del canon correspondiente- y consiguiente imposibilidad de llevar a cabo tales construcciones, sobre las que se constituiría hipoteca para responder de la devolución del préstamo de 614 millones de pesetas a cuya concesión se había comprometido la demandada **Banco** de Santander Hispanoamericano, sin que puedan acogerse los razonamientos de la parte recurrente según los cuales fue el incumplimiento previo del **Banco** el que determinó que la actora no pudiera cumplir por su parte sus obligaciones.

Del mismo modo ha de ser rechazado el motivo segundo, que se afirma como complementario del anterior y que se refiere a la infracción de los *artículos 1100, párrafo último, y 1124 del Código Civil* , en tanto que sostiene, sin apoyo legal ni jurisprudencial alguno, que la parte demandada de resolución no puede oponerse a ésta por incumplimiento de la demandante sin instar por su parte la resolución contractual.

**SEXTO.-** Igualmente se impone el rechazo del tercero de los motivos, que incurre en el defecto casacional de hacer supuesto de la cuestión al denunciar infracciones legales que únicamente alcanzarían virtualidad si no se hubiese declarado el incumplimiento contractual por parte de la demandante que impide su pretensión de resolución del contrato por el incumplimiento de la contraria. Así, dado lo razonado con ocasión del anterior motivo, no puede apreciarse infracción de lo dispuesto en los *artículos 1100, 1101 y 1107 del Código Civil* , sobre constitución en mora, responsabilidad por incumplimiento contractual y cualificación de dicha responsabilidad por concurrencia de dolo en el incumplimiento, en relación con el *artículo 1124, párrafo 2º* ; infracciones que la parte recurrente considera cometidas "al revocar la sentencia recurrida las apreciaciones en materia de responsabilidad contractual de la demandada por parte de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia" .

Como consecuencia de ello decae también el motivo cuarto, que denuncia la infracción del *artículo 1108 del Código Civil*, sobre intereses, que según expresa la propia recurrente se plantea "presupuesta la casación de la sentencia recurrida por los restantes motivos".

**SÉPTIMO.-** El motivo quinto denuncia la infracción de los *artículos 609 y 1462, párrafo 2º, del Código Civil*, en relación con los *artículos 1101, in fine, 1116, 1122 y 1272 del mismo Código* "en cuanto a la apreciación hecha por la sentencia recurrida, en contra de la del Juzgado de Primera Instancia, sobre la obligación de inscripción registral de la finca Los Palillos con independencia de la aprobación por el Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra de su Plan General de Ordenación y del resto de las obligaciones contractuales de carácter sinalagmático".

El motivo ha de ser desestimado como los anteriores, puesto que aun cuando la sentencia impugnada cita como uno de los incumplimientos imputables a la actora Inversión Hogar S.A. el de la imposibilidad inicial de inscripción registral de la referida finca transmitida a **Banco Santander** Hispanoamericano según lo estipulado en el convenio de 1 de diciembre de 1992, son otros incumplimientos de mayor entidad, ya reseñados anteriormente, los que vedan a la actora la posibilidad de instar la resolución contractual, como son la falta de pago al **Banco** de la cantidad de 189 millones de pesetas comprometida y la pérdida culpable de las concesiones para llevar a cabo las construcciones proyectadas en Gibraltar.

También ha de ser desestimado el sexto, que se refiere a la infracción del principio general de derecho de la "par conditio creditorum" de los *artículos 6.3, 9 y concordantes de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922*, aplicable en el expediente de suspensión de pagos de la actora al tiempo del otorgamiento del contrato-convenio de 1 de diciembre de 1992, en conexión con los *artículos 1272 y 1284 del Código Civil*, "por la imposibilidad legal de entender aquel convenio como un contrato traslativo de los bienes dados en pago de deudas sometidas al concurso".

Basta para rechazar el motivo la consideración de que el convenio se realizó precisamente para facilitar el buen fin del expediente de suspensión de pagos en beneficio de todos los acreedores y que el mismo fue suscrito por la Intervención Judicial, siendo así que la transmisión de las fincas por la actora al **Banco** se configuraba como parte de pago de su crédito sin perjuicio de que, si la demandante se encontraba posteriormente en disposición de sustituir el valor de las fincas por el pago de su precio, podía recobrarlas mediante el ejercicio del derecho de opción que claramente se establecía con carácter vinculante y definitivo en el expresado convenio que, voluntariamente suscrito por la actora Inversión Hogar S.A., resulta ahora inimpugnable por la misma mediante la alegación de que atentaba contra el principio de la "par conditio creditorum", lo que en su caso determinaría su nulidad y no la resolución por su incumplimiento.

**OCTAVO.-** El motivo séptimo se refiere a la interpretación del contrato-convenio de 11 de diciembre de 1992 y denuncia la infracción de lo dispuesto en los *artículos 1281, párrafo 1º, 1282 y 1284 del Código Civil*, al haber considerado la Audiencia -en palabras de la parte recurrente- como un contrato traslativo del dominio de los bienes dados "en pago" de deudas de la suspensa, la cual no podía disponer de ellos por encontrarse en situación legal de suspensión de pagos, en lugar de "en garantía" del buen fin del reflotamiento de la suspensa "para el pago", en ese contexto, a los acreedores, incluido el **Banco Santander** Centra Hispano S.A.

El motivo se desestima. Como la propia parte recurrente reconoce, la interpretación de los contratos es facultad de los tribunales de instancia y a este respecto, y como más reciente, la sentencia de esta Sala núm. 456/2011, de 14 junio (Rec. 369/2008) destaca que «*la jurisprudencia viene manteniendo que la [interpretación] realizada por el tribunal de instancia, a partir de los hechos considerados probados en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, no puede ser revisada en casación salvo que se demuestre su carácter manifiestamente ilógico o arbitrario o vulnere alguna de las normas o reglas sobre la interpretación de los contratos, por desnaturalización de sus presupuestos y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva* ( SSTS de 19 de diciembre de 2009, RC 2790/1999, de 21 de noviembre de 2008, RC n.º 2690/2002, de 20 de marzo de 2009, RC n.º 128/2004, y 14 de febrero de 2011, RC n.º 529/2006, entre otras) ». A partir de ello, la interpretación sostenida por la Audiencia en el sentido de que la transmisión de inmuebles por Inversión Hogar S.A. a **Banco Santander**, como parte de lo convenido en el acuerdo de 11 de diciembre de 1992, lo era en pago de la deuda que mantenía con el **Banco**, en absoluto puede considerarse como ilógica o arbitraria, ya que en dicho convenio se establecía la entrega al **Banco** en dinero y bienes, según su valoración, de una cantidad exactamente coincidente con el importe de dicha deuda (1.019 millones de pesetas) y, como contraprestación, el **Banco** se comprometía a conceder un crédito hipotecario de 614 millones de pesetas que contribuiría al reflotamiento de la empresa y a poder llegar a un mejor resultado en el expediente de suspensión de pagos en beneficio del resto de los acreedores, ello sin perjuicio de que se pactara una opción a favor de la demandante para poder recuperar los bienes inmuebles entregados en pago, fijándose el precio correspondiente según el momento en que se ejercitara el derecho de opción, el cual



caducaría definitivamente transcurrido el plazo de dieciocho meses desde la efectiva transmisión; pacto que no puede considerarse como expresivo de que aquella entrega de bienes se había hecho no en concepto de dación en pago, sino como simple garantía.

**NOVENO.-** El motivo octavo denuncia la infracción de lo dispuesto por el *artículo 1859 del Código Civil*, en relación con los *artículos 6.4 y 1255 del mismo código*, en cuanto prohíben el pacto comisorio a efectos de que el acreedor no pueda apropiarse de las *cosas dadas en garantía* ni disponer de ellas, como había entendido la sentencia de primera instancia *sin contradicción en éste, como en tantos otros extremos, por la sentencia de la Audiencia Provincial que la revocó.*

El motivo decae ya que, reiterando una vez más que la sentencia dictada por la Audiencia no tiene que justificarse pormenorizadamente por qué se aparta de lo resuelto por el Juzgado, según ya se razonó, la fundamentación de que se vale el motivo únicamente habría de ser considerada en el caso de que se aceptara que la entrega de los bienes mencionados se hubiera hecho como garantía y no como dación en pago.

Igualmente ha de ser rechazado el motivo noveno, que se refiere a la vulneración del principio general de derecho que prohíbe ir contra los propios actos, con cita de varias sentencias de esta Sala que lo aplican. Tal rechazo se impone por cuanto no cabe atribuir tal carácter de acto propio, a los efectos pretendidos, al hecho de que la parte demandada -**Banco** de Santander- instara del Juzgado el complemento de la sentencia dictada en primera instancia que consideraba incompleta, pues ya se razonó que - incluso por expresa previsión legal- ello no implica aceptación de los demás extremos del "fallo" cuyo complemento se solicita; y en igual sentido, porque no puede calificarse como acto propio del demandado el hecho de que *la sentencia recurrida* se refiera como uno de los incumplimientos de la actora al problema surgido para la inscripción registral de una de las fincas, además de que -como ya se ha señalado con anterioridad- tal argumento no es el único, y ni siquiera el más importante, para considerar el incumplimiento en que, según la Audiencia, había incurrido la demandante, por lo que en absoluto es determinante en cuanto a la "ratio decidendi" de la resolución impugnada. Esta Sala ha declarado reiteradamente que el recurso se da contra el "fallo" y los argumentos de la resolución recurrida que constituyan «ratio decidendi», no pudiendo fundarse en la impugnación de argumentos «dialécticos», «obiter», «de refuerzo», o «a mayor abundamiento» (sentencias de 23 marzo, 7 y 21 septiembre 2006; 9 abril, 17 y 18 septiembre 2007, 22 diciembre 2008, 15 junio 2009 y 19 octubre 2010, entre otras).

**DÉCIMO.-** Por último, el motivo décimo, que se ampara en la denuncia de infracción de los *artículos 6.4*; y *7*, apartados 1 y 2, en relación con el *1258*, todos del Código Civil, por fraude de ley, abuso del derecho y actuación contraria a la buena fe, tampoco puede ser estimado por cuanto viene a constituir una conclusión o resumen de todos los anteriores, imputando nuevamente a la demandada **Banco** de Santander una actuación contraria a lo convenido cuando, por el contrario, la Audiencia, atendiendo al resultado de las pruebas practicadas, ha concluido que la actora no cumplió por su parte lo que le incumbía por lo cual no podía solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la contraria y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios a la que se refería el "suplico" de la demanda.

**Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto en nombre de Atlantis Village Ltd. y Atlantis Financial y Commercial Center Ltd.**

**UNDÉCIMO.-** La extensión del recurso, unida a la falta de adecuada separación en cuanto a cada uno de los motivos, la acumulación de cuestiones de hecho y de derecho, así como de normas supuestamente infringidas que se refieren a aspectos diversos del proceso, hace difícil dar una respuesta ordenada a las cuestiones planteadas, pues no se ha procedido como establece el *artículo 471 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, según el cual en el escrito de interposición se ha de exponer razonadamente "la infracción o vulneración cometida, expresando, en su caso, de qué manera influyeron en el resultado del proceso", lo que obliga a separar en motivos ordenados cada una de las infracciones apreciadas, exigencia que no se cumple en el caso presente.

Así el motivo primero se fundamenta en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia y cita como tales los *artículos 5, 19, 20, 21, 22, 209, 214, 215, 216, 217, 218, 222, 450, 456 y 465* "por ser todas ellas concordantes y aplicables en orden al principio dispositivo o de rogación, actos propios, renuncia de derechos, allanamiento, cosa juzgada etc." y los *artículos 248 y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6 y 7 del Código Civil, y 1, 8, 24, 117, 118 y 120* de la Constitución Española.

En realidad el motivo se refiere a la misma cuestión que se plantea en el motivo tercero del recurso interpuesto por Inversión Hogar S.A., intentando la parte recurrente deducir efectos vinculantes para la demandada, **Banco** de Santander, por considerar que su solicitud de complemento de la sentencia dictada en primera instancia suponía aceptación del "fallo" de la misma. Ya se dijo en el anterior fundamento de derecho cuarto -y ahora se reitera- que tal conclusión no puede ser compartida, no sólo porque carece de

cualquier fundamento lógico en nuestro sistema procesal sino -como argumento definitivo- porque la propia *Ley prevé lo contrario, ya que el artículo 215.5*, en su redacción entonces vigente que, en este aspecto, no ha sufrido variación, disponía que «no cabrá recurso alguno contra los autos en que se completen o se deniegue completar las resoluciones a que se refieren los anteriores apartados de este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia o auto a que se refiriera la solicitud o la actuación de oficio del tribunal"....».

Ello determina la desestimación de este primer motivo que, además, alega la infracción de normas que no tienen el carácter de "procesales reguladoras de la sentencia" (*artículo 469.1.2º*). Las normas procesales reguladoras de la sentencia son las que se recogen en la Sección 2ª del Capítulo VIII del Título V del *Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (*artículos 216 a 222*), como declara, entre las más recientes, la sentencia núm. 349/2011, de 17 mayo; y por otro lado, carece de relevancia en el recurso extraordinario la mención de ciertos defectos sistemáticos que aprecia la parte recurrente en la redacción de la sentencia impugnada. Como afirma la sentencia núm. 190/2009, de 18 marzo, la propia naturaleza de este recurso extraordinario pone de manifiesto que tales "infracciones" únicamente alcanzarán relevancia en cuanto puedan tener incidencia sobre el "fallo", por lo que habrán de excluirse los meros incumplimientos referidos a las formas externas relativas a la redacción de las sentencias (*artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) ya que se trataría de meras irregularidades sin efecto anulatorio, salvo que afectaran a otros requisitos fundamentales de la sentencia causando incongruencia o pronunciamientos contradictorios; lo que no sucede en el caso.

**DUODÉCIMO.-** El segundo motivo cita nuevamente como infringidas las normas procesales reguladoras de la sentencia y como tales, nuevamente, los *artículos 5, 19, 20, 21, 22, 207, 209, 216, 218, 222, 456 y 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, así como los *artículos 1, 9, 24, 117, 118 y 120* de la Constitución Española.

Aun cuando se acompaña con la cita de otros preceptos, el núcleo del motivo se refiere a la infracción de lo dispuesto por el *artículo 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, concretamente, en su apartado 3º*, según el cual «*las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas*», insistiendo nuevamente la parte con tal alegación en la inamovilidad de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia puesto que la parte condenada, **Banco** de Santander, solicitó complemento de dicha sentencia, lo cual, según la parte recurrente, implica aceptación del "fallo". Ya se ha razonado que tal aceptación no existe y, para desestimar el motivo, basta con citar el contenido del *apartado 2 del mismo artículo 207*, según el cual «*son resoluciones firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado*»; siendo claro que la petición de complemento no implica la pérdida de la posibilidad de acudir a los recursos pertinentes contra la resolución de que se trate, como expresamente autoriza el *artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Igual suerte desestimatoria corresponde al tercero de los motivos que denuncia la infracción del principio de la "mutatio libelli", con cita como preceptos infringidos los *artículos 209, 216, 218, 412, especialmente, y 1, 5, 19, 20, 21, 22, 214, 215, 222, 247, 412, 456, 459 y 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 6 y 7 del Código Civil, 5, 11, 44, 238, 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1, 9, 24, 117, 118 y 120* de la Constitución Española. La formulación del motivo adolece de una cierta confusión que se resume en su penúltimo párrafo al decir que la sentencia impugnada incurre en violación del principio de prohibición de la "mutatio libelli", "con infracción de los actos propios, congruencia extra o plus petita, proceso con todas las garantías, indefensión, pro actione, cosa juzgada, principio dispositivo, no ser condenado sin ser oído etc. [lo que aduce una parte que actúa como demandante], al hacer constar en los Fundamentos de derecho de ambas sentencias la cuestión de prejudicialidad no alegada por las partes y sí aducida e introducida "ex novo" por el Juzgado de Primera Instancia, infracción que la Sección 11ª en su sentencia ha sido mantenida causando igualmente la nulidad de lo resuelto".

El principio prohibitivo de transformación de la demanda o "mutatio libelli" tiene su fundamento, según recuerda la sentencia núm. 446/2008, de 29 mayo, en la prohibición de indefensión que se contiene en el *artículo 24.1* de la Constitución, que se produciría si el actor pudiera cambiar el objeto del proceso una vez iniciado. La sentencia núm. 1277/2007, de 11 diciembre, afirma que «*la causa de pedir, o conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión, delimitada en el escrito de demanda, no puede ser alterada en el proceso por el Tribunal, que, de hacerlo, decidiría incongruentemente, ni por el propio demandante, al tener un efecto preclusivo la interposición de aquélla*».

El *artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* tiene como epígrafe el de "Prohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles" y dispone, en su apartado 1, que «*establecido lo que sea objeto del proceso, en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo*

*posteriormente»; y, en su apartado 2 que «lo dispuesto en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias en los términos previstos en la presente Ley». Es cierto que tal principio no sólo resulta aplicable a la actuación del actor, sino también a la del demandado, pero de lo alegado por la parte recurrente no cabe extraer que la parte demandada haya procedido en tal forma alterando sustancialmente los fundamentos de su oposición con indefensión para la parte actora.*

**DECIMOTERCERO.-** El motivo cuarto alega infracción del principio que prohíbe la "reformatio in peius" y cita como infringidos los *artículos 214, 215, 456, 457, 461 y 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , los *artículos 6 y 7 del Código Civil* y los *artículos 9, 24, 117, 118 y 120* de la Constitución Española.

Lo que se expresa en el desarrollo argumental del motivo no guarda relación con la "reformatio in peius". Se refiere a ella el *artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en los siguientes y claros términos: "la resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado". En el presente caso, la parte contraria era apelante -y, además, principal- por lo que el perjuicio que a la parte ahora recurrente causa la sentencia de apelación está perfectamente justificado y amparado por aquél recurso que pretendía la desestimación de la demanda y absolución de la parte demandada. Por ello el motivo ha de ser desestimado.

También ha de serlo el quinto, que denuncia la infracción de las normas sobre la intangibilidad de la sentencia (*artículos 19, 20, 21, 22, 222, 214, 215, 216, 267, 247, 465, 469.1.2º* [que es la norma procesal que ampara la formulación del motivo], todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como los *artículos 6 y 7 del Código Civil* , y los *artículos 1, 9 24, 117, 118 y 120* de la Constitución Española, que nuevamente vuelve a incidir en la consideración como inamovible de lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia en su "fallo" por razón del complemento de sentencia interesado por la parte demandada al amparo de lo previsto en el *artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

**DECIMOCUARTO.-** El motivo sexto se refiere a la infracción de las normas sobre carga de la prueba y cita como infringidos los *artículos 19, 20, 21, 22, 209.2, 216, 217, 218, 222, 317, 318, 319, 324, 326, 385, 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ; 1218 y 1225 del *Código Civil*, así como los *artículos 9, 24 y 120* de la Constitución Española.

El motivo, lejos de plantear una verdadera cuestión sobre carga de la prueba, viene a referirse a determinadas frases o párrafos de la sentencia recurrida para pretender desvirtuarlos y, en todo caso, manifestar su disconformidad con las conclusiones obtenidas. La propia parte recurrente afirma que los preceptos que cita como infringidos "regulan la carga de la prueba y los efectos y valoración de las mismas, junto con la obligación de hacer constar en la sentencia las practicadas y su resultado etc., que la sentencia no ha aplicado o ha interpretado erróneamente dichas normas, acudiendo a la valoración conjunta, en la que no es dado, ni permitido, desconocer el valor probatorio de los hechos, cuando están reconocidos por los actos propios de la parte, cuando existen pruebas con efectos "erga omnes" y de plena acreditación, "iure et de iure" (documentos públicos y privados reconocidos y no impugnados); y así mismo, los efectos de prueba de la cosa juzgada, etc."

En definitiva se acumulan cuestiones que nada tienen que ver con la atribución de la carga probatoria, reiterando en gran parte argumentos utilizados en otros motivos, sin precisar, en consecuencia, cuál es la verdadera infracción que se denuncia, pues la "infracción carga de prueba" que figura como epígrafe del motivo tiene su regulación específica en el *artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Esta Sala tiene declarado en sentencias nº 433/2009, de 15 junio , y nº 652/2010, de 19 octubre , que «*la infracción del principio sobre distribución de la carga de la prueba se produce únicamente en los supuestos en que teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia (por el tribunal, y no por la parte) se atribuyen los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el artículo 217 de la LEC* »; y que «*tampoco sirve la cita del referido artículo -en referencia al precedente 1214 del Código Civil - para discutir la convicción del juez sobre la prueba practicada (sentencias de 30 de marzo y 10 de octubre de 1995 , y 27 de enero de 2000 , entre otras); ni se permite bajo su invocación volver a valorar nuevamente todo el material probatorio ( sentencias de 9 de junio de 1999 , 23 de marzo de 2001 y 20 de diciembre de 2001 )* .

**DECIMOQUINTO.-** El motivo séptimo, y último, del recurso por infracción procesal alega la vulneración de los derechos fundamentales del *artículo 24* de la Constitución Española "a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, a no ser condenado sin ser oído, etc. etc." (sic) bajo la afirmación de que dicho motivo tiene cabida en los cuatro *apartados del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

En realidad, lo que contiene el motivo es una crítica acerba de la sentencia impugnada en cuanto no satisface sus intereses. La intervención adhesiva de las ahora recurrentes junto a la demandante se produjo

una vez finalizado el período de prueba, lo que llevaba consigo la imposibilidad de formular pretensiones autónomas pues la admisión del interviniente no supone retroacción en el proceso. Cuando se inició la tramitación del presente litigio aún estaba en vigor la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que no regulaba la intervención de terceros* en el proceso, pero incluso en la nueva *Ley de 2000, que sí la regula en sus artículos 13 y 14*, admitida la intervención, no se retrotraen las actuaciones y, si bien el propio interviniente puede formular pretensiones, ello será "si tuviere oportunidad procesal para ello"; esto es si comparece en fase de alegaciones. Tampoco puede aceptarse la afirmación que se contiene en el motivo en el sentido de que tales intervinientes han sido "condenadas" por la sentencia vulnerándose sus derechos, ya que el pronunciamiento absolutorio que en la misma se contiene se refiere a las pretensiones formuladas por Inversión Hogar S.A. en el "suplico" de la demanda referidas a la resolución de un contrato -y sus consecuencias- en que las recurrentes no fueron parte, sin perjuicio de la vinculación al mismo que, exclusivamente, vendrá determinada por su relación con la demandante.

**Recurso de casación interpuesto en nombre de Atlantis Village Ltd. y Atlantis Financial y Commercial Center Ltd.**

**DECIMOSEXTO.-** El recurso de casación se integra por nueve motivos que sustancialmente vienen a coincidir con los planteados por la demandante Inversión Hogar S.A.

Así, el primero cita como infringidos los *artículos 6, 7.1, 1255, 1258, 1107 del Código Civil, el 57 del Código de Comercio, el 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los artículos 5 y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en relación con el principio referido a la vinculación de los actos propios, refiriéndose nuevamente a una supuesta aceptación por la demandada **Banco** de Santander de la sentencia de primera instancia al haber solicitado su complemento al amparo de lo dispuesto en el *artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. El motivo se rechaza por los mismos argumentos ya expresados en el sentido de que la actuación de la demandada no supuso conformidad con la sentencia dictada en primera instancia.

El segundo se refiere a la interpretación del contrato de 11 de diciembre de 1992 y cita como infringidos los *artículos 1281, 1282, 1283, 1284, 1285, 1286, 1289, 1292 y 1901*, acumulando alegaciones y argumentos que inducen a la confusión en tanto que, literalmente, cita tales preceptos "en unión e interrelación con los preceptos de dicho código sobre las causas de los contratos, la buena fe, equidad, el fraude, obligaciones condicionales, mayor reciprocidad de intereses o equivalencia de prestaciones; enriquecimiento injusto sin causa o causa ilícita, principio de justicia conmutativa (*suum cuique tribuere*); *conditio contractus, conditio furtiva y ab turpe causa (art. 1,4, 1901, 1292*, o enriquecimiento torticero, etc. etc."

El motivo se desestima por las mismas razones ya expresadas en el anterior fundamento séptimo, que se dan aquí por reproducidas.

Igual ocurre con el motivo tercero, que viene a coincidir en su formulación con el primero de los que integran el recurso de Inversión Hogar S.A., al alegar la infracción del *artículo 1124 del Código Civil*, sobre la resolución de las obligaciones recíprocas, por lo que también se da aquí por reproducido lo razonado en el anterior fundamento primero no sin añadir que se incurre en el defecto casacional de hacer supuesto de la cuestión ya que se parte de la propia consideración sobre los hechos que se refieren al cumplimiento por cada una de las partes de las obligaciones derivadas del contrato de 11 de diciembre de 1992, ignorando las conclusiones de hecho a las que había llegado la Audiencia. Tal defecto se produce «*cuando se parte de premisas fácticas contrarias a las de la resolución recurrida*» (por todas, entre las más recientes, sentencia núm. 315/2010, de 1 junio) y «*acarrea la desestimación del planteamiento efectuado*» (sentencia núm. 777/2010, de 9 diciembre, entre otras).

**DECIMOSÉPTIMO.-** El motivo cuarto denuncia la infracción de los *artículos 1101, 1102, 1103, 1107, 1269, 1122-4º, 1135 y 1147, este último por analogía, del Código Civil*.

También en este motivo, que sustancialmente coincide con el tercero de los formulados por Inversión Hogar S.A., se hace supuesto de la cuestión, pues se parte de los afirmados incumplimientos de **Banco** de Santander y de las consecuencias que de los mismos habrían de derivarse, olvidando que la demanda no instaba que se condenara a la entidad bancaria a cumplir con aquello a lo que se había comprometido, sino que solicitaba la resolución del contrato -con las consiguientes consecuencias indemnizatorias- como consecuencia de que sólo la parte demandada había incumplido el contrato, mientras que la actora había sido perfecta cumplidora de sus obligaciones; circunstancia que fue negada por la sentencia hoy recurrida en atención a los hechos que tuvo como probados y que no han sido desvirtuados. Por ello el motivo ha de ser rechazado.

También ha de serlo el motivo quinto, que denuncia la infracción de los *artículos 1113, 1114, 1116, 1122 (a sensu contrario), 1124, 1125 y 1283, todos del Código Civil*, todo ello en relación con los problemas

de inscripción de la Finca Los Palillos y la trascendencia que a tal circunstancia dio la sentencia impugnada, debiéndose dar aquí por reproducidos los razonamientos contenidos en el anterior fundamento sexto al tratar del motivo quinto de los formulados por Inversión Hogar S.A. que se refería a la misma cuestión.

Del mismo modo se ha de razonar en cuanto al sexto motivo, que se formula por infracción de los *artículos 1100, 1101, 1107 y 1108 del Código Civil y viene a coincidir con el tercero* de los motivos del recurso de Inversión Hogar S.A. (anterior fundamento quinto), haciendo supuesto de la cuestión ya que se refiere a la aplicación de normas que determinan el incumplimiento contractual y sus consecuencias, refiriéndose también la parte recurrente a la necesaria simultaneidad en el cumplimiento cuando es lo cierto que la sentencia impugnada pone de manifiesto, entre otras circunstancias relevantes, cómo fue la propia actuación de quien ahora recurre -filial de Inversión Hogar S.A.- la que dejó caducar las concesiones administrativas para las construcciones de Gibraltar, cuya realización constituía la causa por la cual **Banco** de Santander se obligaba a conceder el préstamo hipotecario de 614 millones de pesetas.

**DECIMOCTAVO.-** El motivo séptimo se centra en la infracción del principio de "par conditio creditorum", fraude, buena fe, abuso.- *arts. 6 y 7, 1291 y 1292, 1255 y 1258, 1858, 1859, 1920 y 1925 Código Civil* , y 14 de la Constitución Española y concordantes, 6 y 9 de la *Ley de Suspensión de Pagos de 1922* .

El motivo no puede prosperar por las razones puestas de manifiesto al resolver el motivo sexto de Inversión Hogar S.A. (fundamento sexto). Resulta incoherente atacar los propios fundamentos del convenio de 11 de diciembre de 1992, que fue suscrito libre y voluntariamente por Inversión Hogar S.A. -de la que son filiales las ahora recurrentes- con autorización de los Interventores de la suspensión de Pagos, alegando ahora óbices a su validez que en ningún caso darían lugar a la resolución el contrato, sino a su nulidad, que no ha sido solicitada.

Tampoco puede acogerse el motivo octavo, que denuncia infracción de los *artículos 1256, 1257, 1258 y 1119, 6 y 7 del Código Civil, 57 del Código de Comercio, 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Se insiste nuevamente en él en la falta de respuesta por la sentencia a las cuestiones y pretensiones planteadas por las ahora recurrentes; aspecto que ya ha sido abordado y resuelto en el anterior fundamento decimocuarto al tratar el motivo séptimo deducido por las mismas recurrentes en el recurso formulado por infracción procesal, con ocasión de lo cual se dijo -y ahora se reitera- que la intervención judicial no supone que se retrotraigan las actuaciones del proceso y el interviniente únicamente puede actuar a partir del momento en que se le tiene por tal, de modo que únicamente podrá formular alegaciones y pretensiones si el proceso se encuentra en un momento que sea apto para ello, lo que no ocurrió en el presente caso en cuanto la intervención se produjo una vez finalizado el período de prueba.

Para finalizar, tampoco puede ser estimado el motivo noveno que se refiere a la vulneración de los artículos referidos al fraude de ley, prohibición y pacto comisorio, *artículos 6, 7, 1258, 1858 y 1859 del Código Civil ; 57 del Código de Comercio, 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 6 y 9 de la Ley de Suspensión de Pagos*.

Se vuelve a incidir en el desarrollo de tal motivo en la calificación como ilícito del pacto de 11 de diciembre de 1992 que, no obstante, no se califica como nulo ni se solicita tal declaración sino, por el contrario, como se ha dicho, la resolución; actuación que implica la aceptación de su inicial eficacia y validez. Se trató de un convenio que, cualquiera que fuera la situación de necesidad de Inversión Hogar S.A. dada su situación legal de suspensión de pagos, se concertó voluntariamente por dicha sociedad debidamente representada y fue suscrito por los interventores judiciales al considerarse por todas las partes que resultaba beneficioso para los intereses de los contratantes y del resto de los acreedores, siendo así que en este momento -por la propia ejecución de lo convenido- consideró Inversión Hogar S.A. perjudicial para sus intereses. No se aprecia la presencia de un pacto comisorio prohibido por el *artículo 1859 del Código Civil* , puesto que -como afirma la Audiencia- la transmisión de bienes a **Banco** de Santander no se hizo en garantía sino como pago, sin perjuicio de la facultad de recompra de Inversión Hogar S.A. mediante la concesión por el **Banco** de un derecho de opción.

**DECIMONOVENO.-** Desestimados ambos recursos, procede imponer a las recurrentes las costas causadas por los mismos de conformidad con lo dispuesto por los *artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar a los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación** interpuestos por **Inversión Hogar S.A.** y por **Atlantic Village Ltd.** y

**Atlantic F & C.C. Ltd.** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) de fecha 30 de julio de 2007, en Rollo de Apelación nº 752/2006 dimanante de autos de juicio de mayor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de dicha ciudad con el nº 87/2011 en virtud de demanda interpuesta por la primera de las recurrentes contra **Banco Santander Central Hispano S.A.**, la que **confirmamos** y condenamos a dichas recurrentes al pago de las costas causadas por los referidos recursos .

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.